

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/204336>

Please be advised that this information was generated on 2019-07-08 and may be subject to change.

# Urgenda en niet(?)-rechtstreeks werkend internationaal (klimaat)recht

Joseph Fleuren<sup>1</sup>

In het artikel 'De constitutioneel meer legitieme manier van toetsing' (NJB 2018/2154, afl. 41, p. 3078-3082) plaatst Leonard Besselink kritische kanttekeningen bij het gebruik van niet-rechtstreeks werkende en niet-bindende normen van internationaal recht in de uitspraken van de Rechtbank Den Haag en het Hof Den Haag inzake *Urgenda* (ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 en ECLI:NL:GHDHA:2018:2591). Op het eerste gezicht valt het onbehagen van Besselink te begrijpen. Wat voor zin heeft het dat artikel 93 en 94 Gw slechts aan verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties een ieder verbindende kracht en voorrang op wettelijke voorschriften toekennen voor zover ze rechtstreeks werkende bepalingen bevatten, als de rechter vervolgens allerlei volkenrechtelijk niet-bindende, of wel-bindende maar niet-rechtstreeks werkende, normen in zijn argumentatie verwerkt? Toch meen ik dat de argumentatiestructuur van zowel de rechtbank als het hof bijval verdient (hoewel beide colleges langs andere wegen tot dezelfde conclusie komen, lopen deze wegen deels parallel).

Ik begin bij de rechtbank. Zij maakt gebruik van een leerstuk dat al vóór de Tweede Wereldoorlog op de kaart is gezet en inmiddels een niet meer weg te denken onderdeel vormt van de jurisprudentie en de rechtsleer. Dit leerstuk, dat zich aan de hand van een karrenvracht aan rechtspraak en literatuur laat illustreren, houdt in dat de rechter soms bevoegd, soms verplicht, is om het nationaal recht uit te leggen en toe te passen in het licht van het internationaal recht. Zo heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 16 november 1990, NJ 1992/107 geoordeeld dat de Nederlandse rechter 'het Nederlandse recht zoveel mogelijk aldus dient uit te leggen en toe te passen dat de Staat aan zijn verdragsverplichtingen voldoet', waarbij – let wel – de Hoge Raad geen

## De rechter móét rechtspreken, hij mag zich in geen geval verschuilen achter onduidelijkheid of onvolledigheid van de wet

onderscheid maakt tussen rechtstreeks werkende en niet-rechtstreeks werkende verdragsverplichtingen. Maar ook internationale normen die niet of nog niet volkenrechtelijk bindend zijn voor het Koninkrijk der Nederlanden, kunnen hun weerslag hebben op de interpretatie en toepassing van het nationaal recht. Een voorbeeld is *Valkenhorst*, waarin de Hoge Raad mede onder verwijzing naar artikel 7 van het toen nog niet door het Koninkrijk bekrachtigde Verdrag inzake de rechten van het kind het ongeschreven recht postuleert om te weten van welke ouders je afstamt (HR 15 april 1994, NJ 1994/608). We zitten nu in de sfeer van reflexwerking, een rechtsfiguur die nauw verwant is aan volkenrechtsconforme interpretatie. Van reflexwerking is sprake als het bestuur of de rechter met internationale normen rekening houdt bij het hanteren van open normen en begrippen in het nationaal recht, zoals rechtsbeginselen, de maatschappelijke betamelijkheid, de redelijkheid en billijkheid of het algemeen belang. De Rechtbank Den Haag zou in *Urgenda* haar werk niet goed hebben gedaan als zij geen gebruik had gemaakt van deze rechtsvindings technieken, die in de jurisprudentie al lang algemeen aanvaard zijn en een ruime toepassing vinden. Nu weet Besselink natuurlijk ook dat je niet-rechtstreeks werkende internationale bepalingen kunt gebruiken om vage of open normen van nationaal recht in te vullen en hij geeft dit in zijn artikel ook uitdrukkelijk aan (p. 3078). Laat ik daarom reflexwerking ook

principeel verdedigen en niet volstaan met de opmerking dat zij nu eenmaal is geaccepteerd. De rechter móét rechtspreken, hij mag zich in geen geval verschuilen achter onduidelijkheid of onvolledigheid van de wet (artikel 13 Wet AB). Dit betekent dat hij er niet aan ontkomt om het recht te duiden en daarmee – wil hij voorkomen dat het recht verstart – zo nodig bij te dragen aan zijn ontwikkeling. In dit licht is het alleszins redelijk dat de rechter bijvoorbeeld aan door de Staten-Generaal goedgekeurde verdragen (waaronder klimaatverdragen) betekenis toekent voor de vaststelling van de in Nederland levende rechtsopvattingen. Als rechters op deze wijze invulling (kunnen) geven aan de maatschappelijke zorgvuldigheid of andere open begrippen dan is dat te prefereren boven de situatie dat zij dat louter doen aan de hand van subjectieve (rechts)opvattingen in raadkamer.

Iets vergelijkbaars geldt voor de door het Hof Den Haag in *Urgenda* opgebouwde argumentatie. Met Besselink ben ik van mening dat het hof in artikel 34 EVRM terecht geen belemmering heeft gezien om aan Urgenda voor de nationale rechter een beroep toe te staan op artikel 2 en 8 EVRM, waarvan de rechtstreekse werking buiten kijf is. Met regelmaat betreft het EHRM bij het vaststellen van de verplichtingen die voor de verdragsstaten uit het EVRM voortvloeien, ook andere internationale normen dan het EVRM zelf (ook nu laat zich gemakkelijk een kar vullen met arresten en literatuur). Het EVRM is een

'living instrument', en in dat licht is het rationeel om niet alleen de ontwikkelingen in het nationale recht van (het merendeel van) de verdragsstaten, maar ook de ontwikkelingen in de internationale en Europese rechtsorde te betrekken bij de evolutie van de betekenis van dit verdrag. En je kunt het Hof Den Haag moeilijk verwijten dat het bij de uitleg van het EVRM rechtsvindingsstechnieken hanteert die het EHRM zelf ook gebruikt.

Dat niet-rechtstreeks werkende bepalingen van internationaal recht een rol kunnen spelen bij de uitleg en toepassing van zowel nationaal recht als wél rechtstreeks werkend internationaal recht, betekent natuurlijk een relativisering van het onderscheid tussen rechtstreeks werkende en niet-rechtstreeks werkende bepalingen dat ten grondslag ligt aan artikel 93 en 94 Gw. In de literatuur wordt deze relativisering in het algemeen positief gewaardeerd, ook door mij (zie bijvoorbeeld J. Fleuren, 'Recent developments regarding the direct and indirect application of treaties by Dutch courts: Fresh approaches to self-executing, non-self-executing and non-binding international law', *Netherlands Yearbook of International Law* 2016, p. 377-393, waar o.a. het gebruik van niet rechtstreeks werkend verdragsrecht door de Rechtbank Den Haag in *Urgenda* wordt ingebed in de jurisprudentiële ontwikkelingen). Maar dit wil niet zeggen dat het onderscheid zijn zin verliest. Niet-rechtstreeks werkende bepalingen van internationaal recht hebben het vehikel van een norm van nationaal recht of een welrechtstreeks werkende bepaling van internationaal recht nodig om een rol te kunnen spelen in de motivering

van een beschikking of een rechterlijk oordeel. Daarentegen kan een rechtstreeks werkende bepaling zelf een grondslag zijn voor een beschikking of rechterlijke uitspraak, zo nodig met terzijdestelling van wettelijke voorschriften. Zo kan bijvoorbeeld een verdragsvoorschrift dat staten opdraagt in hun nationale wetgeving een bepaalde gedraging strafbaar te stellen, een rol spelen bij de uitleg van een ter uitvoering van deze opdracht vastgestelde delictomschrijving, maar zelf geen grondslag zijn voor een strafrechtelijke vervolging en veroordeling, terwijl een in een rechtstreeks werkend verdragsvoorschrift vervatte strafbepaling dat wel kan zijn (artikel 32 Herzene Rijnvaartakte).

Evenals de rechtbank en het hof veronderstelt Besselink dat uit de door Urgenda ingeroepen en door rechtbank en hof genoemde internationale normen en rapporten op het gebied van klimaatbeheersing geen rechtstreeks werkende norm kan worden afgeleid waarop een plicht van de Staat tot de door de rechtbank bevolen en door het hof bevestigde reductie van CO<sub>2</sub>-uitstoot kan worden gebaseerd. Maar klopt dit eigenlijk wel? Tot voor enkele jaren terug was de dominante lijn in de Nederlandse rechtspraak dat een bepaling van een verdrag of van een besluit van een volkenrechtelijke organisatie of wél of géén rechtstreekse werking heeft, ongeacht de casus en context waarin de bepaling wordt ingeroepen. In zijn arrest van 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928 (*Rookverbod*) is de Hoge Raad echter omgegaan en overgestapt op een contextuele benadering, die geïnspireerd is door de

jurisprudentie van het Hof van Justitie EU over de rechtstreekse werking van het primair en secundair EU-recht. In deze benadering is het zeer wel mogelijk dat bepalingen die in het verleden geen rechtstreekse werking hadden, nu in sommige contexten dit effect wel hebben (zie bijvoorbeeld CRvB 27 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2461 (*Zwangerschaps- en bevallingsuitkering zelfstandigen*); CRvB 20 februari 2018, ECLI:NL:CRVB 2018:512). Ik geef onmiddellijk toe dat het de nodige creativiteit vergt, maar ik acht het zeer wel denkbaar dat zich uit de relevante internationale verdragen, besluiten, afspraken en documenten over het klimaat een rechtstreeks werkende norm laat destilleren voor een door de Staat minimaal te verwezenlijken reductie van CO<sub>2</sub>-uitstoot. De motiveringen van de rechtbank en het hof bevatten daarvoor al belangrijke aanknopingspunten.

Overigens ben ik het met Besselink (p. 3081) eens dat de politieke organen beter dan de rechter geëquipeerd zijn om te besluiten over de geïndiceerde CO<sub>2</sub>-reductie. Maar daar gaat het niet om. Een rechter die de overheid op de vingers tikt, is juist van oordeel dat de overheid het (zelf) beter had kunnen en moeten doen. Waar het om gaat is dat als overheidsorganen in het licht van rechte relevante normen en afspraken tekortschieten, zij door de rechter gecorrigeerd moeten kunnen worden. •

Auteur

1. Mr. dr. J.W.A. Fleuren is universitair hoofddocent Algemene rechtswetenschap aan de Radboud Universiteit Nijmegen.



# Naschrift

Het gaat er niet om dat de rechter recht moet spreken, maar dat hij niet mag wetgeven

Leonard Besselink<sup>1</sup>

**C**ollega Fleuren en ik zijn het eens over de stand van de rechtspraak op het punt van toetsing aan niet-rechtstreeks werkend internationaal recht.<sup>2</sup> Uiteraard kan de rechter aan niet-rechtstreeks werkende bepalingen van internationaal recht juridische betekenis toekennen, althans zolang de wet daar niet aan in de weg staat. Evenmin betwijfel ik dat de rechter sinds lang geleden bij gelegenheid de wet 'volkenrechtsconform uitlegt'. Al evenmin ging het mij om het kritisch evalueren of de in *Urgenda* gebezigde normen nu wel of niet daadwerkelijk *rechtstreeks* werkend zijn, en ik beperkte mij gemakshalve tot wat de rechter zelf daarover stelt.

Waar ik het wél over wilde hebben, zijn de constitutionele grenzen waarop rechterlijke toetsing (al dan niet via 'reflexwerking') aan niet-rechtstreeks werkend recht kan stuiten. Anders dan Fleuren, gaat het mij er niet zozeer om dat de rechter recht moet spreken (art. 13 Wet AB), maar dat het de rechter verboden is wet te geven (art. 12 Wet AB).

Dit verbod kwam al in zicht bij toetsing aan rechtstreeks werkend internationaal recht in de jaren tachtig en negentig; zie de jurisprudentie over grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter. *A fortiori* doemen deze grenzen op bij *niet-rechtstreeks* werkend recht en juridisch niet-bindende normen.

Het gaat in *Urgenda* – anders dan Fleuren wil – niet om volkenrechtsconforme uitleg. Dit is namelijk uitleg van de wet zodanig dat zij in overeenstemming is met het volkenrecht. In *Urgenda* draait het niet om uitleg van nationaal recht in overeenstemming met internationale normen, maar gaat het in wezen om toetsing van beleid aan internationale juridische en niet-juridische normen met het oog op het onrechtmatig ver-

klaren van dat beleid. Dat dit gaat via de band van open privaatrechtelijke begrippen, maakt dit niet anders.

De constitutionele grenzen van de bevoegdheden van wetgever en rechter zijn nauw verbonden met legitimiteitskwesties. Ik wees al op de vraag hoe het arrest van het Hof in *Urgenda* zich verhoudt tot de jurisprudentie van de Hoge Raad die rechterlijk ingrijpen in de procedure van politieke besluitvorming en belangenafweging die is voorbehouden aan de gekozen vertegenwoordigers ongeoorloofd acht.<sup>3</sup> Rechterlijk ingrijpen is, kort gezegd, ongeoorloofd wanneer er een veelheid van alternatieven bestaat om een politieke beleidskwestie op te lossen. Rechterlijk ingrijpen dat wetgever en bestuur bindt, wijkt dan af van de wijze terughoudendheid die de Nederlandse rechter in het algemeen in acht heeft genomen jegens democratisch sterker gelegitimeerde beleidsmakers bij toetsing aan rechtstreeks werkend internationaal recht. Dat is in verhevigde mate het geval bij 'reflex-werking' van niet-rechtstreeks werkende en juridisch niet bindende internationale normen.

'Reflex-werking' heeft met verdragsconforme uitleg gemeen dat het niet gaat om wat Kelsen 'negatieve wetgeving' noemde die een rechter bezigt wanneer hij de wet buiten

toepassing laat of ongeldig verklaart, maar kan omslaan in 'positieve' wetgeving: de rechter die vaststelt wat de inhoud moet zijn van wetgeving, bestuur en beleid – iets wat vanuit legitimiteitsoogpunt onwenselijk is wanneer daarvoor meerdere, onderling omstreden alternatieven bestaan. Dit is bij klimaatbeheersing aan de orde. 'Beleid' is dan niet meer alleen het reguleren van de ruimte die het bestuur heeft binnen de grenzen van de wet. Het gaat ook over de vraag welke wetgeving met welke inhoud tot stand moet worden gebracht. Dit is precies wat de rechter doet in *Urgenda*: het precieze beleidsdoel voorschrijven aan de wetgeverende en bestuurlijke organen, met terzijde schuiven van democratische besluitvorming omtrent alternatieve beleidsdoelen.

Vanuit constitutioneel perspectief is het slechts een terzijde: maar dat de burgerlijke rechter in *Urgenda* op grond van het procesverloop een schandelijk inadequaat beleidsdoel voorschrijft – beperking van de uitstoot van broeikasgassen van 25% is genoeg – maakt het er allemaal niet fraaier op. Het ware vanuit democratisch oogpunt echter beter dat niet van het oordeel van de politier maar van het besluit van de politieke organen schande wordt gesproken. •

## Auteur

1. Prof. dr. L.F.M. Besselink is hoogleraar Constitutioneel recht aan de Universiteit van Amsterdam.

## Noten

2. Onder meer C.F. Müller, 'Verfassungsgerichtsbarkeit in den Niederlanden', in: Von Bogdandy e.a. (red.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Band VI Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen 2016, p. 357-411, Randnummer 70 e.v., [https://pure.uva.nl/ws/files/2743962/172593\\_Verfassungsgerichtsbarkeit\\_in\\_den\\_Niederlanden\\_Handbuch\\_Ius\\_Publicum\\_Europaeum\\_VI.pdf](https://pure.uva.nl/ws/files/2743962/172593_Verfassungsgerichtsbarkeit_in_den_Niederlanden_Handbuch_Ius_Publicum_Europaeum_VI.pdf); R.A. Wessel, *De invloed van ontwikkelingen in de internationale rechtsorde*

op de doorwerking naar Nederlands constitutioneel recht, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009. Ook verschenen als *Kamerstukken II* 2009/10, 31570, 13, bijlage, op p. 56-59. Open Access at [https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/209756/Invloed\\_v-ontwikkeling\\_clean.pdf?sequence=1](https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/209756/Invloed_v-ontwikkeling_clean.pdf?sequence=1); 'Internationaal recht en nationaal recht', in: N. Horbach, R. Lefeber & O. Ribbelink (red.), *Handboek Internationaal Recht*, Den Haag: TMC Asser Press 2007, p. 47-80.

3. Jurisprudentie waarmee Fleuren minder gelukkig is, vgl. Fleuren, 'De maximis non curat praetor?', in: *Grenzen aan de rechtspraak? Staatsrechtconferentie 2004*, Deventer: Kluwer 2004, p. 127 e.v.